

仮差押命令の効力は、表示された被保全債権とは異なるが請求の基礎を同一にする債権に及ぶか 最高裁平成二四年二月二三日第一小法廷判決〔平成二三年（受）第二六八号配当異議事件〕民集六六巻三号一一六三頁、判時二一四八号六五頁、判タ一三七〇号一二二頁、金法一九五〇号一〇七頁、金商一三八七号一四頁

著者	清水 宏
著者別名	Hiroshi SHIMIZU
雑誌名	東洋法学
巻	57
号	1
ページ	361-387
発行年	2013-07
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00006023/

《判例研究》

仮差押命令の効力は、表示された被保全債権とは異なるが請求の基礎を同一にする債権に及ぶか

最高裁判平成二四年二月二三日第一小法廷判決（平成二三年（受）第二六八号配当異議事件）民集六六巻三号一一六三頁、判時二一四八号六五頁、判タ一三七〇号一二二頁、金法一九五〇号一〇七頁、金商一三八七号一四頁

清水 宏

【判決要旨】 仮差押命令は、当該命令に表示された被保全債権と異なる債権についても、これが上記被保全債権と請求の基礎を同一にするものであれば、その実現を保全する効力を有する。

【事実】

Xは、平成一八年八月三一日に、訴外Aに対して、BおよびC他一名を連帯債務者として、金四〇〇〇万円の貸し付け（以下、本件貸金債権とする。）を行い、B所有の建物およびC所有の建物（以下、本件建物とする。）に極度額一億五〇〇〇万円の根抵当権を設定した。ところが、平成一九年一月一〇日頃、Bらは共謀して、Xに無断で本件建物を取り壊した。

そこで、Xは、平成一九年二月一四日に、本件貸金債権の回収が困難になったとして、Bほか三名を被告として、主位的にBらの共同不法行為に基づき本件貸金相当額を含む金四五〇〇万円の損害の賠償および遅延損害金の支払いを、また、予備的に本件貸金債権に基づき金四〇〇万円および遅延損害金の支払いを求める訴え（以下、本件本案訴訟とする。）を提起した。

ところで、本件本案訴訟を提起するに先立ち、Bが訴外Dに対して有する明渡料支払請求権の内金二〇〇万円について、上記共同不法行為に基づく損害賠償請求債権四〇〇万円の内金二〇〇万円を請求債権として、債権仮差押命令（以下、本件仮差押命令）が発令され、Dに送達された。もともと、Bは、本件仮差押命令において定められた仮差押解放金二〇〇万円の供託を行ったため、平成一九年一月二六日に、本件仮差押命令の執行を取り消す旨の決定がなされた。そのため、本件仮差押命令の効力は、Bの国に対する供託金取戻請求権（以下、本件取戻請求権とする。）の上に移行した。

本件本案訴訟の係属中の平成二〇年一月二〇日に、Yの申立てに基づき、本件供託金取戻請求権について、請求債権を執行力ある公正証書正本に記載された複数の金銭消費貸借契約に基づく貸付金元金四〇〇万円および遅延損害金四二六九万九〇一六円とする債権差押命令が発令され、遅滞なく国に対して送達された。

かくして、本件供託金取戻請求権につき、Xの申立てによる仮差押えとYの申立てによる差押えが競合したため、東京地方裁判所は、事情届の提出を受け、Xの配当額を金三八九万六三七四円、Yの配当額を金一六一万一千三百六十四円とする配当表（以下、本件配当表とする。）を作成した。これに対して、Xは、Yによる差押えが、XのBらに対する強制執行を妨害する目的でされたものであり、本件配当表に記載されたYの債権は架空のものであって存在しないと主張して、配当期日である平成二二年一月一五日に、本件配当表に記載されたYの配当

額全額について異議の申し出をしたうえ、翌一六日に、Xの配当額を金二〇〇〇万円、Yの配当額を金七六九〇円とする配当異議の訴え（以下、本件配当異議訴訟とする。）を提起した。

本件本案訴訟については、第一審では、Bに対する主位的請求を認容する仮執行宣言付判決がなされ、この判決に基づいてXへの配当がなされた。しかし、控訴審は、第一審判決を取り消し、Bに対する主位的請求を棄却し、予備的請求を認容し、この判決が平成二二年三月二六日に確定した。

本件配当異議訴訟の一番は、債権者からの配当異議の訴えを、原告への配当額の増加を目的とするものとし、この種の訴えでは、相手方への配当額の否定が自己への配当額の増加を結果するものでなければならず、原告には異議ある配当額については自己が受ける資格を有するとの訴えの利益が認められなければならないとした。その上で、配当表上の地位を基礎付けている債権が存在しない場合には、そもそも執行債権が存在しないことになり、原告の配当異議も理由がなくなるため、仮に被告の執行債権の存在が否定されたとしても、被告への配当額の否定により原告への配当額の増加を結果することにはならないとして、本件配当異議訴訟は、原告に訴えの利益がなく不適法であるとして訴えを却下した。

Xが控訴したが、控訴審は配当異議訴訟の目的等について一審と同様の判断を示した上で、本件本案訴訟では、主位的請求である本件損害賠償債権に基づく請求が棄却され、予備的請求である本件貸金債権に基づく請求が認容されているが、本件仮差押命令の被保全債権として原告が選択した本件損害賠償債権と訴訟物を異にする本件貸金債権が認められたとしても、そのことによって本件仮差押命令の効力が維持されることにはならず、仮に、本件仮差押命令の被保全債権と本件本案訴訟における予備的請求である本件貸金債権が同一の客観的事実に基づくものであるときは本件仮差押命令の効力が維持されると解する余地があるとしても、上記各債権の発生の日時、場所、行

為内容等からみれば、これらが同一の客観的事実に基づくものと解することもできないとして、控訴を棄却した。

そこで、Xは、本件本案訴訟の主位的請求と予備的請求とは一つの貸金に基礎をおく請求であって、実質的に同一の客観的事実に根拠を有するものであるところ、訴訟物に関するいわゆる新訴訟物理論に従えば、両請求は貸金額四〇〇万円に相当する額の返還を求めうる法的地位という一個の訴訟物に基づくものであるとし、本件本案訴訟においては、不法行為に基づく損害賠償請求が否定されたとしても、同一の訴訟物に係る貸金返還請求が認容されていることから、本件仮差押命令の被保全権利は貸金額四〇〇万円の範囲でその根拠を失っていないと言ふべきであり、この点で原判決には法令の解釈に関する重要な事項に関する誤りがあるとして、上告受理を申し立て、受理された。

【判旨…原判決破棄差戻し】

「…保全命令は、一定の権利関係を保全するため、緊急かつ必要の限度において発令されるものであって、これによつて保全される一定の権利関係を疎明する資料についても制約があることなどを考慮すると、仮差押命令は、当該命令に表示された被保全債権と異なる債権についても、これが上記被保全債権と請求の基礎を同一にするものであれば、その実現を保全する効力を有するものと解するのが相当である…。そうすると、債務者に対する債務名義を取得した仮差押債権者は、債務名義に表示された金銭債権が仮差押命令の被保全債権と異なる場合であっても、上記の金銭債権が上記の被保全債権と請求の基礎を同一にするものであるときは、仮差押命令の目的財産につき他の債権者が申し立てた強制執行手続において、仮差押債権者として配当を受領し得る地位を有しているということができる。」

前記事実関係等によれば、本件仮差押命令の被保全債権である本件損害賠償債権は、債務者であるBが債権者であるXに無断で担保物件を取り壊したことにより、本件貸金債権の回収が困難になり、本件貸金債権相当額を含む損害を被ったことを理由とするものであるから、本件貸金債権の発生原因事実は、本件損害賠償債権の発生原因事実に包含されていることが明らかである。そうすると、本件貸金債権に基づく請求は、本件損害賠償債権に基づく請求と、請求の基礎を同一にするものというべきである。

以上によれば、本件仮差押命令の被保全債権である本件損害賠償債権に基づくXのBに対する請求を棄却する判決が確定しているとしても、Xは、本件貸金債権に基づくBに対する請求を認容する確定判決を取得しているから、本件供託金取戻請求権につきYが申し立てた強制執行手続において、本件仮差押命令の債権者としての地位に基づき配当を受領し得る地位を有しているというべきである。よって、上告人は、本件配当表における他の差押債権者であるYの配当額を否定することにより自己の配当額を増加させ得る立場にあり、本件訴えにつき訴えの利益がある。」（傍線は論者による。）

【評釈】 判旨に賛成である。

第1 本件配当異議訴訟の構造

1. 配当異議の訴え

（1）配当表の作成

本件は、Xが、XおよびYを債権者、訴外Aを債務者、国を第三債務者とする配当等手続事件において作成され

た配当表の変更を求める配当異議事件である。

強制執行手続において、債権者が二人以上存在し、差押財産の換価によって得られた金員によって、各債権者の債権および執行費用の全部を弁済することができない場合、執行裁判所は、配当表に基づいて配当を実施しなければならない〔民事執行法（以下、民執とする。）八四条一項〕。すなわち、執行裁判所は、配当期日を定め、〔民事執行規則（以下、民執規とする。）五九条一項〕、配当を受けるべき債権者及び債務者を呼び出す（民執八五条三項・七項）。そして、提出された債権計算書（民執規六〇条参照）に基づいて、配当期日において、民事執行法八七条一項各号に掲げる各債権者について、その債権の元本及び利息等の額、並びに配当の順位および額を定める（民執八五条一項本文）。そして、同じく配当期日において、この内容は、裁判所書記官によって売却代金の額とともに配当表に記載される（民執八五条六項）。

本問において、Xは、Yによる差押えの登記前に仮差押を行っており、民事執行法八七条一項三号により、配当等を受けるべき債権者に含まれ、配当表にその債権額および配当順位等が記載された。なお、Xは仮差押債権者であるが、このような仮差押債権者による本案訴訟における勝敗が、配当期日までに確定しないときは（民執八七条二項・三項）、予想される各場合に応じた見込配当額を併記し、その少ない方の額を配当実施額として掲げる、いわゆる二重配当表が作成されることになる。

（２）配当異議の申し出

こうした配当表の作成過程に関し、配当手続開始要件の欠缺など手続上の過誤があるときは、債権者または債務者は、執行異議によってこれを争うこととなる。

これに対して、この配当表に記載された各債権者の債権または配当の額に関し、その実体上の存否・額・順位に

ついで不服のある債権者および債務者は、配当期日において、配当異議の申し出をすることができる(民執八九条一項)。この申し出は、申立てではなく、執行裁判所に対する陳述であるとされる。⁽¹⁾そして、この異議を貫徹するために、配当異議を申し出た者は、配当期日から一週間以内に(民執九〇条六項参照)配当異議の訴えを提起しなければならぬ。

かくして、本問におけるXも、平成二十一年一月一五日に配当異議の申し出を行い、翌一六日に配当異議訴訟を提起するに至っている。

2. 配当異議訴訟における訴えの利益

(1) 本件配当異議訴訟の第一審および原審判決による指摘

このXの提起した配当異議訴訟に対して、第一審および控訴審では、上述の通り、仮差押命令にかかる本案訴訟で、仮差押命令の被保全債権である不法行為に基づく損害賠償請求権を訴訟物とする主位的請求については請求棄却の判決を受け、被保全権利とは異なる貸金債権の返還請求権を訴訟物とする予備的請求について請求認容判決を受けたことを理由とし、Xには配当受領資格がなく、Xの提起した配当異議訴訟は訴えの利益を欠くと判断したうえで、訴えを却下している。⁽²⁾すなわち、配当異議訴訟を提起した者に配当受領資格がない場合には、訴えの利益が否定され、配当異議訴訟は訴えを却下されるのである。

もっとも、本件配当異議訴訟の法的性質を形成訴訟であるとするならば、本件においては訴えの利益が肯定されるのではないかと指摘⁽³⁾もあり、この点について検討しておく。

(2) 配当異議訴訟の法的性質

この点については、旧法下より争いがあり、たとえば、①配当異議訴訟と破産債権確定訴訟との類似性を指摘し、配当異議の訴えをもつて、配当期日における原告の主張の当否、したがって、配当額の確定を求める確認の訴えであるとする見解（確認訴訟説）^④、②実体的配当異議の確認と同時に配当表のそれに対応する変更という形成を共に内容とする救済訴訟であるとする見解（救済訴訟説）^⑤、③執行関係の具体的あり方を定める前提要件たる事項を審判対象として既判力をもつて確定するとともに、その審判結果から見てあるべき執行関係を執行担当機関に向けて指示・宣言し、これを義務付ける命令訴訟であるとする見解（命令訴訟説）^⑥、④配当表記載の債権の存否等の確認と配当表の変更を求める複合訴訟であるとする見解（複合訴訟説）^⑦、さらには、⑤判決による配当表の変更または別様の配当表の形成を求める形成の訴えであるとする見解（形成訴訟説）^⑧などがある。

配当異議の訴えを提起する当事者の目的は、究極的には、請求認容判決によって配当表が修正され、確定された配当額に従ってより多くの配当を受けることにあると思われる。また、この配当額をめぐる紛争の解決に際しては、異議訴訟の当事者間における事後の不当利得返還請求などによる紛争の蒸し返しを防ぐ必要もある^⑨。その意味では、確認訴訟的な要素、あるいは、救済・命令的な要素を認める①～④の見解にも一理あるといえる。

しかしながら、そもそも、民事執行法が、執行裁判所が配当表の作成につき配当期日に出頭した債権者・債務者を審尋しあるいは書証の取り調べができる旨を定め（民執八五条三項）、執行裁判所として各債権者につき配当の額及び順位を確定的に指示する態度をとっており、作成された配当表の取消し・変更も裁判をもつてのみ行うものとしていること（民執九〇条四項、九一条一項、九二条）に鑑みれば、配当表は裁判としての性質を有するものと解される^⑩。そして、仮に配当異議の訴えを配当額の確定に求めるならば、配当額供託の基礎となった既存の配当表の効力が否定されないまま残存するという問題が生じる^⑪。こうしたことから、配当異議訴訟の請求認容判決は配当係

争部分の帰属を定めるのみならず、当初の配当表については、直接にその変更・取消しを宣言する形成判決であるべきである。⁽¹²⁾したがって、配当異議訴訟の法的性質は、訴訟上の形成の訴えであると解する。

(3) 形成の訴えの利益との関係

このように配当異議訴訟を形成訴訟であるとするならば、その訴えの利益については、配当異議訴訟の提訴要件をみたして、訴えが提起できる場合には、それだけで訴えの利益が肯定されることとなる。⁽¹³⁾すなわち、形成の訴えは、元来、実体法自身が、法律関係の変動を形成判決の確定にからせる必要性の有無について、事件の類型ごとに個別に検討し、その必要性を認めた結果、これによる旨を法定したものであることから、訴えの利益は当該法規の定める要件に内在しているものと解される。そうであれば、配当異議訴訟を定める九〇条に鑑みれば、配当異議の申し出をした債権者、または、執行力ある債務名義の正本を有しない債権者に対して配当異議を申し出た債務者であれば、訴えの利益はそれだけで肯定されてしかるべきであるとも考えられる。

また、本件配当異議訴訟においては訴えの利益を考慮する要素とされた配当受領資格、すなわち、異議債権者の債権の存在は、それが存在し、異議に理由があるものとされれば、異議債権者の配当額が増加することになる。これに對して、それが存在しなければ、異議に理由があるとされても、異議債権者の配当額が増加するものではない。⁽¹⁴⁾こうしたことに鑑みれば、異議債権者の債権の存在、すなわち、配当受領資格は、配当異議訴訟との関連に限つていうならば、配当表の変更・取消しに関する事実であり、形成要件を認めない方向で働く本案に関する被告の防御方法であると位置づけることもできる。⁽¹⁵⁾

さらに、このことを本件との関係で考察するならば、本件本案訴訟の第一審のなした仮執行宣言付判決の対象とされた訴訟物と、仮差押命令の被保全債権との間に食い違いはなかったため、配当異議訴訟の提起された段階では

訴えの利益については何らの問題もなく、むしろ後発的に、異議債権者の債権の不存在、すなわち、配当受領資格の不存在という問題が生じたともみることができる。そして、この後発の事情が遡及して配当異議そのものを無効とするものではないとすれば、上述のように、配当異議訴訟において、被告が、抗弁としてこの点について主張・立証を行うべき事情であるとも考えられる⁽¹⁶⁾。

このように、配当受領資格は被告の防御方法であるとの見解は、配当異議訴訟に限って検討するならば、きわめて論理的かつ説得力に富む見解であると思われる。しかしながら、配当異議と配当異議訴訟との関係をも考慮するならば、これを訴えの利益の考慮要素でもあると解すべきである。

その理由は、配当異議の申し出は、裁判所に対して配当表に記載された配当額等に不服を述べる「陳述」であり、配当実施を差し当たり抑止するとともに、後続する配当異議訴訟による解決を先導する異議を有するものとされる点に求められる⁽¹⁷⁾。すなわち、これは、仮に配当異議の手続が存在しない場合において、配当期日において配当表を見て不服を抱いた債権者または債務者が、配当異議訴訟を提起するのに手間取れば、配当表に基づいて直ちに配当が実施されてしまう（民執八九条二項）おそれがあるため、本来は配当異議訴訟において行われるべき主張を先取りして、予告的に行うこととしたものと解する⁽¹⁹⁾。このように解するならば、配当異議の申し出は、配当異議訴訟の提起に少なからぬ時間がかかることに鑑み、とりあえず、配当期日においては異議を留めて配当を抑止するためにあえて、手続的を分けて配当異議に前置させられただけであって、配当異議訴訟と一体をなすものとして考えるべきである⁽²⁰⁾。そして、配当異議の申し出の利益はあえて手続を分けたことから配当異議の申し出に際して考慮されることになったものであって、本来は配当異議訴訟における訴えの利益の考慮要素であると解される。

そうすると、配当異議の訴えの利益を検討するに際しては、配当異議申し出の利益の存在についても再度考慮す

るべきであると解される。具体的には、債権者による配当異議の申し出に際しては、それが、他の債権者への配当の否定・減少によって自己に対する配当額の増加を導くものでなければならず、配当表における他の債権者への配当額を変更しても自己に対する配当を受けることができない場合には、配当異議を申し立てる利益はないとされること⁽²¹⁾から、これも配当異議訴訟の訴えの利益の考慮要素とすべきである。

こうしたことを本件配当異議訴訟との関係で考慮すれば、仮差押えに係る被保全債権が本案訴訟において認められなかった場合、配当段階では仮差押えをした債権者の債権が認められていなかったことになり、たとえ異議に理由があると認められたとしても、仮差押債権者への配当額の増加を導くものではないという関係に立つ。そこで、異議債権者が配当の対象となる債権を有すること、すなわち、配当受領資格が存在することも、配当異議訴訟の訴えの利益の考慮要素となるものと解する。⁽²²⁾そして、訴えの利益は、事実審口頭弁論終結時までに具備すればよいとされることから、配当異議訴訟における事実審口頭弁論終結時を基準時として判断すべきことになる。したがって、控訴審終了時まで、本件本案訴訟において、仮差押命令の被保全債権に係る請求を棄却されたXについて、配当異議訴訟の訴えの利益が事後的に喪失するか否かを検討した本件配当異議訴訟の各審級での判断については、正当であると言えよう。

3. 小括

以上により、配当異議訴訟において、異議債権者の債権が不存在であることから配当受領資格がない場合には、訴えの利益を欠くものとして、当該訴えを却下すべきことになる。

もっとも、本件配当異議訴訟のように、同一当事者間で請求の予備的併合がなされている場合において、仮差押

命令に係る被保全債権を訴訟物とする主位的請求が棄却されたものの、予備的請求が認容された場合に、異議債権者の債権が存在するものとして、配当受領資格を肯定できるかという問題が生じることになる。

第2 本件仮差押命令の効力の範囲

1. 仮差押えの本執行への移行

仮差押えは、金銭債権について本案の強制執行を実効的なものとするために、債務者の財産状態を現状のまま維持しておく制度であり、具体的には、本執行の最初の段階である差押えを、暫定的に先行させ、仮差押債権者が本案の債務名義を得て強制執行を申し立てると、当該差押えが、強制執行としての差押えに移行することになる。⁽²³⁾

そして、仮差押えが本執行へと移行するためには、①本執行のための本案の債務名義の存在、保全執行と本執行の当事者の同一性（主観的同一性）、③仮差押えの被保全権利と本執行の執行債権の同一性（客観的同一性）が必要とされる。⁽²⁴⁾

2. 仮差押えの被保全権利と本執行の執行債権の同一性

本件本案訴訟に係る強制執行手続においては、本件本案訴訟において、給付の訴えである貸金返還請求を認容した確定判決（民執二三条一号参照）が存在するため、①の要件は充たしている。また、保全執行である仮差押手続の当事者であるXおよびBらと、本執行の当事者とは同一であり、②の主観的同一性の要件も充たしている。これらに対し、繰り返しになるが、仮差押に係る被保全債権は、Bらによる共同不法行為に基づく損害賠償請求権であるのに対して、本執行の執行債権は貸金返還請求権であることから、客観的同一性を形式的には欠くものと判断で

き、本執行への移行の要件を充たさないものと解することができる。このことは、仮差押命令の申立てに際して、被保全債権の表示が求められることから根拠づけることができる。すなわち、被保全債権の表示に際しては、仮差押えの効力の及ぶべき被保全債権の範囲を明確にするため、被保全債権とその他の権利とを識別できる程度にその原因事実を記載し、かつ、どの範囲において仮差押えを求めるかを明白にすることが必要であるとされる。⁽²⁵⁾このことに鑑みれば、仮差押えにおける被保全債権と本執行における執行債権の同一性については厳格に判断すべきであり、形式的に権利関係が異なれば、その同一性を否定するべきとも解することができる。

しかしながら、保全手続において特定された被保全債権とその後提起される本案訴訟における訴訟物および本執行の対象となる執行債権との同一性をこのように厳格にとらえることには、問題がないわけではない。というのは、保全手続は権利確定前の急迫した状態における仮の権利保護のための制度であり、可能な限り緊急に保全を行う実上の必要性が高く、債権者が被保全債権の選択に際して事実上および法律上十分に検討を重ねることを必ずしも要求できないため、両者の完全な一致を求めることは債権者にとって酷な結果となるおそれがあるからである。⁽²⁶⁾そして、民事保全、民事訴訟、民事執行の手続は相互に関連しているとはいえ、元来別個独立の制度であつて、時間の経過によって被保全債権、訴訟物、執行債権との間にある程度のずれが生じることはやむを得ないものと思われる。⁽²⁷⁾

さらに、本件本案訴訟に関して言えば、そこで採られた併合形態である請求の予備的併合は、請求相互間に実体法上両立しない関係がある場合に限り認められるとされ、その主位的請求と予備的請求との間には、いわば表裏一体ともいふべき密接な関係があるといふことができる。すなわち、本件本案訴訟における主位的請求である貸金返還請求権と予備的請求である抵当権侵害に基づく損害賠償請求権との間には、抵当権の目的物が棄損され、抵当

権の実行が不可能となったため、被担保債権である貸金返還請求権を行使したという事情のあるところ、この抵当権は被担保債権である貸金債権と目的を同じくすることから、この両者には抵当権の実行により被担保債権の満足に至れば、被担保債権自体の行使は認められず、被担保債権を行使すれば、それによって抵当権を抹消すべきことになるという関係がある。よって、両請求は実体法上両立しえない関係にあるとみることができる。その上で、抵当権侵害に基づく損害賠償請求権は、抵当権の実行によって満足を受けるべき利益の転化したものとみることができるので、結局、貸金債権と損害賠償債権とが実体法上両立しえない表裏一体の関係にあるといえる。こうしたことから、仮差押えに係る被保全債権であり、主位的請求として定立された請求権と、最終的に本執行の執行債権となった予備的請求として定立された請求権との間に同一性を認めて、被保全債権と異なる執行債権に対する本執行に移行することは、債権者にとって便宜であるだけでなく、債務者にとっても不意打等の不利益をもたらすものではないとも思われる。

したがって、仮差押えの被保全権利と本案訴訟の訴訟物ないしは本執行の執行債権の相違が許されるのか、また、許されるとするならば、どの程度まで許容されるのが問題となる。

3. 理論と実務の状況

仮差押えの被保全債権と本案訴訟の訴訟物ないしは本執行の執行債権との相違は、一つには、本件におけるように保全執行手続から本執行へ移行する局面で問題となり、いま一つとしては、本案の起訴命令の不遵守に基づく保全取消し〔民事保全法（以下、民保とする。）三七条〕の局面において問題となる。そして、これまでは、後者を中心に論じられてきた。そこで、両者を明確に区別しないままに、前者との関係でもこれまでの理論的状況を紹介す

ることは、検討が不十分な状態での分類ではないかとも思われるものの、前者を念頭に置いた議論が少ないこともあり、ここでは敢えて両者に関する議論を仮処分についてのものも併せて一緒に紹介しておく。

(1) 請求の基礎同一性説

この問題について、判例は、保全手続における被保全権利と本案訴訟の訴訟物ないしは本執行の執行債権との間に相違があったとしても、それらの間に請求の基礎の同一性が存在するのであれば足りるとして、両者の同一性を緩やかにとらえてきた。たとえば、大審院の判決には、仮処分の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間に請求の基礎の同一性がある限り、請求の原因が異なっても本案訴訟としての適格性が肯定されたとしたものがある⁽³⁰⁾。また、最高裁の判決には、仮処分命令が発令された後に起訴命令が発令された事案において、仮処分命令に係る被保全権利と、提起された本案訴訟の訴訟物との間に請求の基礎の同一性があれば、仮処分の本案訴訟として適法であるとしたものがある⁽³¹⁾。これらは、本案の起訴命令の不遵守に基づく保全取消しの局面に関するものであるが、保全執行手続から本執行へ移行する局面に関するものとしては、仮処分命令発令に係る被保全権利と請求を同一にする仮処分命令発令後に成立した権利への仮処分の流用を認めたものがある⁽³²⁾。そして、本件配当異議訴訟における最高裁判決がある⁽³³⁾。また、下級審裁判例についても、他の一定の要件を付加するものもあるものの、基本的には請求の同一性の有無を基準に判断している⁽³⁵⁾。

こうした実務に対し、多くの論者が、①このような保全命令において表示されている被保全権債権自体は、ある程度いわば浮動的な流動性の利くものであって、厳格に他への拡張を許さないものとは考えられないこと、②保全手続の性質として迅速性が求められることから⁽³⁶⁾、申立段階で本案訴訟におけるような厳格な検討を被保全債権に対して加えることを要求することは、債権者にとって酷であること、③保全手続は本案訴訟に先行するものであつ

て、保全命令が発令された後は、もはや申立てにおける被保全債権の主張を、本案における訴えの変更に対応して変更する余地がなくなること、④仮に保全手続の審理が本案の審理と併行するならば、必ず訴え変更と同様に変転すべきものであると考えられること、⁽³⁷⁾などを理由として賛成している。⁽³⁸⁾

(2) 権利同一性説

このような実務などに対しては、保全手続における被保全債権と本案訴訟の訴訟物ないしは本執行の執行債権とは同一のものでなければならず、これらの間に相違があつてはならないとする見解も有力に主張されている。すなわち、この見解では、①仮処分付随性から被保全権利と同一の請求が本案において審判に服することが必要であり、このことから、起訴命令によって保全命令の債権者に本案訴訟の提起する強要するのは、保全命令の審理に際して疎明によって認定されるに過ぎない請求を正式に確定する手続を債権者に採らせる趣旨であるから、同一請求についてでなければ意味をなさないこと、⁽³⁹⁾②請求の基礎の同一性は訴えの変更の許否の基準に過ぎず何等実体的意義を持たないため、異質の保全命令申立てと本案訴訟との間を規律するものではないこと③、保全命令に際して判定されていない請求のために保全命令を流用することは不当であること、④保全命令は本執行の要件の揃わない以前に債権者の一方的利益のために許されるという本来債権者の優越的地位を容認する関係で、保全命令の維持流用の要件も厳格にしないと債務者に対して不公平となること、⁽⁴⁰⁾⑤保全手続の申立についても請求の併合が可能であるから、債権者は予め請求を併合しておけばよいこと、⁽⁴¹⁾などがその理由として挙げられている。

(3) 実質的解決説

なお、請求の趣旨の同一性説について基本的には理解を示しつつも、これだけは十分でなく、その訴えをもって紛争が実質的に解決するようなものとの限定を付するべきであるとの見解もある。⁽⁴²⁾

4. 考察

(1) 理論的検討

さて、仮差押えの被保全債権と本案訴訟の訴訟物ないしは本執行の執行債権との相違をめぐる問題については、上述のように、大きくは三つの見解があるところ、これらの内、権利同一説が最も理論的であるといえよう。すなわち、将来の執行を保全するために仮差押え、係争物に関する仮処分といった保全手続があり、保全手続における被保全債権が本案訴訟における訴訟物となり、訴訟物たる権利関係が執行債権となる関係に鑑みれば、権利関係の同一性を要求することは至極当然のことであろう。しかしながら、繰り返しになるが、この見解を採用すると、やはり債権者にとって酷な状況を招来するおそれを否定できないことが大きな問題となりうることに鑑みれば、この見解を妥当とすることは困難である。⁽⁴³⁾

そこで、この問題を考えるに際しては、保全手続の申立てが行われる状況を考慮することを出発点とすべきであろう。すなわち、保全の緊急性という言葉に表されるように、まさに時間との勝負の中で手続が行われることが多く、その関係で慎重かつ厳密な検討を重ねて被保全債権を選択することも困難なことが多いという事情に鑑みれば、被保全債権を比較的緩やかにとらえるべきである。また、訴訟の展開次第では、訴え変更などにより、当初執行債権となることを見込んだ被保全債権の選択が意味を失うこともあり、その場合に、再度、変更後の訴訟物に対応した保全手続の申立てをすることが困難なことも考えられる。⁽⁴⁴⁾ こうしたことから、保全手続申立てにおける被保全債権の表示は一応の権利表示であって、将来本案訴訟においてこれと請求の基礎を同じくする他の実体法上の権利を主張し、また、それに基づいて強制執行を申し立てることもあり得ることを予想しながら、その場合でも、その権利が保全されるべきことを求めているものと解すべきである。⁽⁴⁵⁾ このような理解の下、基本的には請求の基礎

同一性説をもって正当と考える。

もつとも、「請求の基礎の同一性」という概念は、元来、本案訴訟における訴えの変更の基準であつてこの概念だけで被保全債権と本案の訴訟との間の同一性が問題となるすべての局面を妥当に処理できるとは限らないとの指摘も正当であると言える⁽⁴⁶⁾。したがつて、請求の基礎の同一性という基準は、被保全債権と訴訟物が形式的には同一でなくても、本案の訴えに該当する場合があり得るという文脈で理解すべきである⁽⁴⁷⁾。そこで、請求の基礎の同一性という概念を基本としつつ、必要があれば制限を加え、あるいは、別個の基準をも付加して考えるべきである⁽⁴⁸⁾。その意味では、実質的解決説の考える方向性については首肯しうるものがある。もつとも、「紛争が実質的に解決するようなものとの限定」では抽象的に過ぎるため、やはり、「請求の基礎の同一性」概念を基本としつつ、個別にこれに修正を加えていくとするのが妥当であろう⁽⁴⁹⁾。

(2) 「請求の基礎の同一性」の意義

ところで、請求の基礎の同一性の意味をめぐつては解釈論上の対立があり、多くの学説が提唱されている⁽⁵⁰⁾。すなわち、代表的なものをいくつか挙げれば、①請求原因を拾い出した地盤となる状態に還元し拡大して観察した前法律的な同一生活関係または同一経済的利益についての紛争関係とする見解⁽⁵¹⁾、旧請求の可否の判断に必要な主要事実と新請求の判断に必要な主要事実とがその根幹において共通する現象があることとする見解⁽⁵²⁾、③新訴と旧訴の事実資料の間に審理の継続を正当化する程度の一体性と密着性があることとする見解⁽⁵³⁾、④両請求の主要な争点共通であつて、旧請求についての訴訟資料や証拠資料を新請求の審理に利用できることが期待できる関係にあり、かつ各請求の利益主張が社会生活上同一または一連の紛争に関するものとみられることとする見解⁽⁵⁴⁾、などがある。このように様々な見解があるところ、大局的には、①②のように基礎である社会的紛争を基準とする見解（実体説）と、

③④のように事実資料を基準とする見解（手続説）とに分けることができる。⁽⁵⁵⁾

そして、これらの議論を仮差押えの被保全債権と本案訴訟の訴訟物ないしは本執行の執行債権との関係にあてはめて検討するに際して、保全命令における被保全債権と訴訟物との請求の基礎の同一性を本案の裁判所が判断することに鑑みて実体説を妥当とするものと、⁽⁵⁶⁾ 請求の基礎を同じくする実体法上の請求権については、通常疎明資料が共通であることを理由として、手続説を妥当とするものがある。⁽⁵⁷⁾

これらの見解について検討するに、いずれについても一理あり、一律にいずれかをもつて妥当とすることは適切ではないであろう。むしろ、ここでは、局面に応じて使い分けをするべきであると解する。

すなわち、保全手続後に起訴命令がなされた場合のように、保全手続における被保全権利とその後に提起された本案訴訟の訴訟物の相違が問題となる場合には、実体的な考察を行うべきであると解する。というのは、ここでは、まさに、保全手続の緊急性ゆえに生じる相違の処理が問題となっているのであって、比較的緩やかに同一性を認めるべき必要性があり、また、本案での審理の中で、利害関係人への手続保障を図る機会もあると思われるからである。

これに対して、本件配当異議訴訟におけるように、本案訴訟の訴訟物ないしは執行手続における執行債権を基準として、被保全債権との対応関係を判断する場合には、手続的な考察を行うべきである。というのは、事実資料の共通性があることから両者の密接な関係を肯定でき、保全手続の付随性とは正反対の考察を行った結果を被保全債権の債務者に受け入れさせても、手続保障の観点からも不都合はないものと思われるからである。

こうしたことから、認容された請求と、それとは異なる請求の被保全債権との整合性が問題となっている本件では、請求の基礎の同一性を判断するに際しては、手続的な考察を行うべきであって、主要な争点の共通性、本案

における訴訟資料・証拠資料と保全手続における疎明資料との関連性などを検討するべきと解する。

なお、保全手続の効力が及ぶ範囲を画する基準を検討するに際して、利害関係人の利益の調和という観点から、対債務者との関係のみが問題となる場合と保全手続後に手続に関与した差押債権者等の利害関係人が存在する場合に分けて検討するべきとの見解もある。⁽³⁸⁾ こうした観点からのアプローチは手続保障を充実したものにするものと思われる、基本的には正当なものであると解する。⁽³⁹⁾

(3) 本件での事実関係の検討

こうしたことから、本件における事実関係を基に、請求の基礎の同一性について判断するに、被保全債権であり、主位的請求である不法行為に基づく損害賠償請求権については、①原告の権利または法律上保護される利益の存在、②被告が①を侵害したこと、③②についての被告の故意または過失、④損害の発生および額、⑤②と④の因果関係、⑥②が違法であること、の主張・立証が必要とされる。これに対して、執行債権であり予備的請求である弁済期の定めのある貸金返還請求権については、⑦金銭の返還および弁済期の合意、⑧金銭の交付、⑨弁済期の到来、の主張立証が必要とされる。よって、単純に見れば、両者に共通点はないようにも思える。しかしながら、損害賠償請求権発生の根拠となった不法行為は、Bらによる抵当権侵害、具体的には抵当権の目的物の棄損であり、仮に、これがなければ、Xは抵当権を実行することによって、貸金の返還を受けたのと同じ法的利益を享受することができたはずである。よって、①と⑦⑧⑨とは共通の目的をもつものであり、そのことによって、執行債権である予備的請求は、被保全権利である主位的請求に包含される関係にあるわけである。したがって、両者の間に主要な争点、訴訟資料、証拠資料、疎明資料の共通性を肯定することができる。もちろん、本件はXとBらとの間の貸金債権債務関係を中心とする紛争であって、各利益主張の社会的関連性も肯定できる。

こうした考察の下、本件配当異議訴訟においては、仮差押命令に係る被保全債権と、強制執行手続の執行債権となる予備的請求との間に、移執行を肯定できる程度の請求の基礎の同一性があると解する。

第3 結論

以上により、仮差押命令の効力は、表示された被保全債権とは異なるが請求の基礎を同一にする債権に及ぶものと解するのが相当であり、本件配当異議訴訟に係る最高裁判決の判旨は正当であると解する。

以上

註

- (1) 鈴木忠一『三ヶ月章編『注解民事執行法(3)』(第一法規、一九八四年)三八一頁(中野貞一郎)。
- (2) なお、予備的請求である貸金返還請求につき認容判決をした本件本案訴訟に基づき、仮差押えからの移執行を認めることを前提として、Yの配当受領資格を争点とすべきであると指摘するものとして、酒井一「仮差押え命令により保全される債権の範囲」民商一四七巻一号八〇頁以下がある。すなわち、本件におけるYによる差押えはBらとの共謀による執行免脱の疑いがあるとの分析の下、Yの債権の存否について実体審理を行い、本案で処理するのが妥当とするものである。指摘されるように、Yによる差押えの債務名義となった執行証書については、作成から執行までの時間的な点でその正当性に関して疑義を持たれても仕方のない事情があり、これに従った争い方がなされていれば、本件は異なる様相を呈したのとなったかもしれない。

(3) 酒井前掲注2・八三頁。

(4) 兼子一『増補強制執行法』(酒井書店、一九五一年)二二五頁など。

- (5) 石川明『訴訟上の和解の研究』（慶応通信、一九六六年）二四七頁など。
- (6) 竹下守夫「第三者異議訴訟の構造」曹時二九卷五号七五三頁など。
- (7) 福永有利『民事執行法・民事保全法第2版』（有斐閣、二〇一一年）一五六頁など。
- (8) 鈴木＝三ヶ月前掲注1・三九三頁以下〔中野〕、香川保一監修『注釈民事執行法（4）』（金融財政事情研究会、一九八三年）三三五頁（近藤崇晴）、中野貞一郎『民事執行法増補新訂六版』（青林書院、二〇一〇年）五四二頁、松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、二〇一一年）二二三頁、田中康久『新民事執行法の解説増補改訂版』（金融財政事情研究会、一九八〇年）二二六頁など、多数説。
- (9) 鈴木＝三ヶ月前掲注1・三九五頁〔中野〕。
- (10) 鈴木＝三ヶ月前掲注1・三六三頁〔中野〕、中野前掲注8・五三七頁など。
- (11) 鈴木＝三ヶ月前掲注1・三九四頁〔中野〕。
- (12) 鈴木＝三ヶ月前掲注1・三九四頁〔中野〕、中野前掲注8・五四二頁。
- (13) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法【上】第2版』（有斐閣、二〇一一年）三八五頁、新堂幸司『新民事訴訟法第4版』（弘文堂、二〇一一年）二八一頁、伊藤眞『民事訴訟法第4版』（有斐閣、二〇一一年）一七八頁など。
- (14) 酒井前掲注2・八三頁。
- (15) 酒井前掲注2・八三―八四頁。
- (16) 酒井前掲注2・八三頁、八四頁注3。なお、鈴木＝三ヶ月前掲注1・四〇一頁〔中野〕参照。
- (17) 鈴木＝三ヶ月前掲注1・三八二頁〔中野〕。
- (18) 一般の債権者は、配当期日前に配当に関する情報を当然に知りうる状況にないにもかかわらず、配当期日において直ちに配当異議の申し出をし、一週間以内に配当異議訴訟を提起するとかかなりの無理を伴うことが多く、そうした過大な負担が、配当異議訴訟の件数が少ないことの根底にあるとの指摘がある。鈴木＝三ヶ月前掲注1・三九三頁〔中野〕。

なお、斎藤隆＝飯塚宏編『民事執行』（青林書院、二〇〇八年）一九八頁〔河村浩〕によれば、東京地裁執行部では、原則とし

て、配当期日の三日前までに、配当表原案を作成し、希望する当事者にあらかじめその内容を開示しているとのことである。配当期日に直ちに配当異議の申し出をするともに、一週間の提訴期間内に配当異議訴訟を提起することを容易にする実務上の優れた工夫であると評価できる。

(19) 異議の申し出には理由を付する必要はないとされることから、このように解することができよう。大判昭和八年五月三〇日民集一二巻一三八一頁参照。なお、鈴木「三ヶ月前掲注1・三八四頁〔中野〕」によれば、異議の申し出に理由を付した場合でも、後の配当異議訴訟においてこれと異なる理由をのべることができるとされるが、これは、主張の撤回が原則として自由とされていることに照らして考えることができよう。

(20) 「配当異議を貫徹するため配当異議訴訟を提起する」という表現は、両者の時間的戦後関係に着目した修辭的表現であつて、たとえば、執行文付与に対する異議と執行文付与に対する異議の訴えになぞらえて、それぞれを独立した手続とみるべきではないであろう。

(21) 最判昭和三五年七月二七日民集一四巻一〇号一八九四頁、最判昭和五〇年一月二八日民集二九巻一〇号一六一四頁。中野前掲注8・五三九頁など。

(22) 鈴木「三ヶ月前掲注1・三八二頁〔中野〕」。

(23) 原井龍一郎「河合伸一編『実務民事保全法3訂版』（商事法務、二〇一一年）二六六頁〔益田哲生〕」。

(24) 原井「河合編前掲注23・二七六頁〔益田〕、田中宏朋「本執行移行」山崎恒「山田俊雄編『新・裁判実務体系12巻民事執行法』（青林書院、二〇一一年）三四九頁」。

(25) 奈良次郎「仮差押の被保全権利と請求の基礎」兼子一編『実例法学全集民事訴訟法下巻』（青林書院新社、一九六五年）二二〇頁、

(26) 鈴木正裕「被保全権利と本案の同一性」中野貞一郎「原井龍一郎」鈴木正裕編『民事保全講座第1巻』（法律文化社、一九九六年）三七〇頁以下、竹下守夫「藤田耕三『民事保全法』（有斐閣、一九九七年）二四〇頁〔松本博之〕、酒井前掲注2・八五頁、山本研「仮差押え命令により保全される債権の範囲」私法判例リマックス四六号一三六頁、上田武志「仮差押えの効力が

及ぶ被保全債権の範囲と請求の基礎の同一性」法セミ六九四号一三二頁など。

(27) 萩屋昌志「被保全権利と請求の基礎が同一である債権について仮差押え命令の効力が及ぶとされた事例」平成二四年度重判解（ジュリ一四五三号）一三四頁。

(28) すなわち、一方の請求が認められると、他方の請求は認められない関係に立つ場合に限られることになる。その趣旨は、こうした関係にある請求権をそれぞれ別訴で行使した場合、矛盾する判決がなされる可能性があるため、それを防止する必要があるものの、単純併合としたのでは同一期日に矛盾した攻撃防御を行うことになることに鑑み、こうした請求間に順位と解除条件を付する併合形態を認めたものである。新堂前掲注13・七五〇頁など通説。これに対して、賀集唱「松本博之」加藤新太郎編『基本法コメント』民事訴訟法2「第三版補正版」（日本評論社、二〇一二年）二五頁（上野泰男）、秋山幹夫「伊藤眞」加藤新太郎「高田裕成」福田剛久「山本和彦」コンメンタール民事訴訟法Ⅲ（日本評論社、二〇〇八年）一一六頁など、請求相互間に両立しうる関係のある場合にも、不真正予備的併合として認めてよいとする見解もある。

(29) これら両者の局面における規準を分けるべきことを指摘するものとして、酒井前掲注2・八七頁注（4）。

(30) 大判昭和一〇年三月六日法学四卷一一九一頁。

(31) 最判昭和二六年一〇月一八日民集五卷一一号六〇〇頁。なお、この判決は、本件配当異議訴訟における最高裁判決で先例として引用されている。

(32) 最判昭和五九年九月二〇日民集三八卷九号一〇七三頁。なお、このほか、公刊された裁判集には搭載されていないものとして、仮差押命令との関係で事情変更による取り消しが問題となった事案で、仮差押えの被保全債権の存在が否定されたとしても、それと請求の基礎を同一にする権利関係の存在が本案訴訟で認められた場合には事情変更に当たらないとした原審の判断を維持した最判平成一六年七月九日の判決がある。福田剛久「佐藤裕義」許可抗告事件の実情「平成一六年度」判時一九〇二号一六頁。

(33) 本件の評釈として、酒井前掲注2・七七頁以下、山本前掲注26・一三四頁以下、高見進「仮差押命令により保全される債権の範囲」判時二二六九号一三三頁（判評六四八号二頁）、萩屋前掲注27・一三三頁以下、上田前掲注26・一三三頁、丸山昌一「仮差押え命令により保全される債権の範囲」NB L九八五号九六頁以下、鈴木尚太「仮差押え命令に表示された被保全債権と請求の基

礎を同一とする債権にも、当該仮差押命令の効力が及ぶとされた事例」ビジネス法務一二巻八号六七頁以下などがある。

- (34) たとえば、東京地判昭和四十六年三月一九日下民集二三巻三〇四号二七五頁、仙台地判昭和五十二年一〇月二日下民集二八巻九
 〓 二二号一〇九五頁などがある。

- (35) 裁判例について網羅的かつ詳細に分析したものととして、高見前掲注33・一三三頁以下がある。

- (36) 奈良前掲注25・二三三頁。

- (37) 吉川大二郎『保全処分の研究』（弘文堂、一九三七年）三二二頁以下、奈良前掲注25・二三三頁、二四一頁、瀬木比呂志監
 『エッセンシャル・コンメンタール民事保全法』（判例タイムズ社、二〇〇八年）二九一頁（小池晴彦）、原井龍一郎〓河合伸一編
 『実務民事保全法3訂版』（商事法務、二〇一一年）四九四頁以下（清水正憲）、瀬木比呂志『民事保全法第三版』（判例タイムズ
 社、二〇〇九年）四六三頁、四七二頁、酒井前掲注2・八六頁、山本前掲注26・一三六頁など。なお、竹下守夫〓藤田耕三編『注
 解民事保全法上巻』（青林書院、一九九六年）四三三頁（上田徹一郎）、丹野達『民事保全手続の実務』（酒井書店、一九九九年）
 一四三頁。

- (38) 一応、多数説と言ってよいであろう。

- (39) 兼子一「判批」判例研究三巻四号二一六頁。

- (40) 菊井維大「仮処分と本案訴訟」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第四巻』（有斐閣、一九五五年）一一三九頁以下、三ヶ月
 章「戦後の仮処分判例の研究」同『民事訴訟法研究第2巻』（有斐閣、一九六六年）四二頁、菊井維大「被保全権利と本案請求権
 の同一性」我妻栄編『保全判例百選』（有斐閣、一九六九年）一三五頁。

- (41) 河村好彦「仮処分により保全すべき請求と本案訴訟の請求とがその基礎において同一性のある一事例」法学研究五八巻九号
 一一八頁以下。

- (42) 西山俊彦「新版保全処分概論」（一粒社、一九八五年）二〇六頁、鈴木忠一〓三ヶ月章編『注解民事執行法（6）』（第一法
 規、一九八四年）一一三頁（西山俊彦）、山崎潮『新民事保全法の解説（増補改訂版）』（金融財政事情研究会、一九九〇年）
 二五〇頁、松浦馨〓三宅弘人編『基本法コンメンタール民事保全法』（日本評論社、一九九三年）二二二頁（栗田隆）。もっとも、

この考え方に對しては、實際上のメリットを付け加えるものではないとの批判もある。鈴木前掲注26・三八二頁注1参照。

- (43) 実務感覚から権利同一性説に對して疑問を呈するものとして、三宅弘人＝荒井史男＝岨野悌介編『民事保全法の理論と実務(下)』(ぎょうせい、一九九〇年)四〇一頁〔原田晃治〕。

- (44) 菊井前掲注40仮処分と本案訴訟・一二四一頁以下参照。

- (45) 三宅＝荒井＝岨野編前掲注43・四〇二頁〔原田〕。なお、同四〇三頁では、このことからさらに、被保全債権を特定の実体法上の請求権ととらえるのではなく、請求の基礎を同じくする複数の請求権ととらえることができるのではないかの考えを示している。奈良前掲注25・二四〇頁以下も同旨と思われる。確かに、このように考えた方が適切であると思われるが、被保全債権の表示に不意防止機能が認められることをも考慮すると、ここまで言い切ることには躊躇を覚えないでもない。なお、宮崎福二「被保全権利と訴訟物の同一性」判タ一八一号六七頁では、新訴訟物理論的な説明を借用すると実務上妥当な結果が得られるとしており、基本的には同旨であろう。

- (46) 原井＝河合編前掲注37・四九五頁〔清水〕、酒井前掲注2・八八頁以下、高見前掲注33・一三八頁など。具体的には、請求の基礎が同一であっても、債権者が訴えの変更をしない場合や、これをして訴訟手続を著しく遅滞させる場合には、常に現実に一致させられるとは限らないとの指摘がある。竹下＝藤田編前掲注26・二四〇頁〔松本〕。

- (47) 加藤新太郎＝山本和彦編『裁判例コンメンタール民事保全法』(立花書房、二〇一二年)三四四頁〔笠井収〕。なお、中野＝原井＝鈴木前掲注26・三八〇頁〔鈴木〕。

- (48) 原井＝河合編前掲注37・四九五頁〔清水〕、加藤＝山本編前掲注47・三四三頁注12〔笠井〕、酒井前掲注2・八九頁。なお、瀬木監前掲注37・二九一頁〔小池〕。

- (49) 個別の修正の在り方については、中野＝原井＝鈴木前掲注26・三八四頁以下〔鈴木〕、加藤＝山本編前掲注47・三四四頁以下〔笠井〕、竹下＝藤田編前掲注26・二四〇頁〔松本〕など。

- (50) この問題をめぐる議論を紹介したものとして、秋山＝伊藤＝加藤＝高田＝福田＝山本前掲注28・一八五頁以下などがある。

- (51) 兼子一『新修民事訴訟法体系増訂版』(酒井書店、一九六五年)三七二頁など。

- (52) 小山昇『民事訴訟法五訂版』（青林書院、一九八九年）五二六頁。
- (53) 菊井維大「訴えの変更」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第一卷』（有斐閣、一九五七年）二〇四頁など。
- (54) 新堂前掲注13・七五七頁など。
- (55) 中野＝原井＝鈴木前掲注26・三八〇頁〔鈴木〕参照。
- (56) 中野＝原井＝鈴木同上、高見前掲注33・一三八頁など。
- (57) 三宅＝荒井＝岨野編前掲注43・四〇二頁〔原田〕、瀬木監前掲注37・二九一頁〔小池〕など。
- (58) 山本前掲注26・一三六頁以下。
- (59) ただし、本件のような移執行の局面では、債務者との関係についていえば、実体関係は明らかとされ、執行財産に順位のない民事執行の下において、移執行に対して異を唱える正当な利益は債務者に認められず、また、競合債権者においても、実体的に優先的な地位を有しない以上は、他の債権者との競合は当然に忍ばなければならない事態であるとの分析もある。酒井前掲注2・八六頁以下。

―しみず ひろし・法学部教授―